



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MÁSTER DE ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES**

Realizado por: Ana García de Tuñón Fernández

Convocatoria: Ordinaria, enero 2020

RESUMEN

La gestión de los servicios públicos ha sido objeto de un constante debate desde la promulgación de la Constitución de 1978, debate que, en los últimos años y especialmente, desde la crisis económica del año 2008, se ha intensificado y ha cobrado una mayor relevancia. Las reformas normativas, la influencia del Derecho europeo y la búsqueda de una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos ha provocado que la Administración española, tanto a nivel estatal como autonómico y local, haya optado por su gestión por parte de empresas privadas. La decisión de *externalizar* la gestión de servicios que hasta hace poco eran prestados directamente por los poderes públicos ha provocado una serie de consecuencias legales, políticas, económicas e incluso laborales que han tenido un gran impacto en el ámbito local porque es donde la relación de la Administración con el administrado es más directa. No obstante, si bien cada vez son más los servicios públicos que se han *externalizado*, desde hace unos años y debido a la recuperación de la economía española, muchos ayuntamientos han optado por recuperar su gestión directa, proceso que ha recibido el nombre de “*remunicipalización*”.

ABSTRACT

The management of public utilities has been under discussion since the enacted of the 1978's Constitution, discussion which in the last few years and especially, since the 2008 economic crisis, has intensified and become more important. Reforms, the influence of European Law and the research for greater effectiveness and efficiency in the provision of public utilities has made that the Spanish Administration, at state, regional and local level, has opted for the management of these services by private companies. The decision of outsourcing the management of utilities that until recently were provided by public authorities has caused a number of legal, political, economic and, even, labour consequences which have had a great impact at local level because it is where the relationship between the State and citizen is stronger. But, while more and more public utilities have been outsourced, for some years now and due to the recovery of the Spanish economy, many municipalities have chosen to recover direct service management, process that has been named as “*remunicipalización*”.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS (por orden alfabético)

ART.	Artículo
CCAA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LBRL	Ley de Bases del Régimen Local
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LOEPSF	Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
MINHAP	Ministerio de Hacienda y Función Pública
PIB	Producto Interior Bruto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES TRAS LA REFORMA DE LA LRBRL.....	7
3. LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES... 21	
3.1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS. ...24	
3.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE SERVICIOS.27	
4. REMUNICIPALIZACIÓN.	31
5. CONCLUSIONES.	45
6. BIBLIOGRAFÍA.	48

1. INTRODUCCIÓN.

La gestión indirecta de los servicios públicos se ha convertido en una práctica habitual en el ámbito local. Así, en muchos Ayuntamientos españoles, servicios como la recogida de basuras, la limpieza viaria o la colaboración en la gestión tributaria han dejado de ser gestionados directamente por la Administración para pasar a ser prestados por sujetos de derecho privado tras la celebración del correspondiente contrato administrativo.

La actualidad del tema y la relación con los contenidos del Máster de Abogacía así como la amplia y continua jurisprudencia ha sido la razón por la que optado por el estudio de la gestión indirecta de los servicios públicos para mi Trabajo Fin de Máster.

Los numerosos libros, monografías, artículos doctrinales y noticias de prensa en los que se analiza, estudia y critica esta forma de gestión ponen de manifiesto la actualidad del tema, siendo, probablemente, una de las funciones más importantes que ha de prestar la Administración.

Del mismo modo, la legislación sobre la contratación pública constituye uno de los pilares del Derecho Administrativo, caracterizado no sólo por su importancia sino también por su complejidad y amplitud.

A su vez, además de materias propias de Derecho Administrativo, para el estudio de las competencias de los municipios se ha de tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA recogida en nuestra CE y el derecho constitucional a la autonomía local. Por su parte, también ha sido necesario el análisis de la jurisprudencia de tribunales de lo social sobre la sucesión de empresas y la subrogación empresarial.

Aunque se trata de un tema muy extenso, me he querido centrar en cómo se articula la gestión indirecta de los servicios públicos locales. Por ello, mediante este trabajo se ha pretendido realizar una aproximación y analizar, desde un punto de vista jurídico, las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, su régimen jurídico, sus consecuencias legales y los problemas que plantea esta forma de gestión, así como el estudio de lo que en los últimos años ha recibido el nombre de "*remunicipalización*", esto es, la recuperación de la gestión directa del servicio.

En el capítulo I se expondrán los servicios públicos locales. Cuáles son, qué régimen jurídico tienen y cómo se gestionan. Para ello se analizará la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, la cual tras su reforma por la Ley de Racionabilidad y Sostenibilidad Financiera ha de ser interpretada de conformidad con los

pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En concreto, es importante destacar la interpretación del artículo 25 de la LRBRL como artículo de mínimos y no “*numerus clausus*”; y, la posibilidad, al amparo del artículo 7 de la LRBRL, de que las entidades locales presten servicios no recogidos expresamente en la ley, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

En segundo lugar, en el capítulo II se expondrán las dos figuras contractuales a través de las cuales se configura la gestión indirecta de los servicios públicos locales, analizando el criterio utilizado para su distinción y las consecuencias que ha tenido la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos. En un primer apartado, se desarrollará el régimen jurídico del contrato de concesión. A continuación, se hará referencia a la regulación del contrato de servicios.

En el capítulo III, y, debido a su actualidad, se hará referencia a un fenómeno que se ha venido produciendo en muchos ayuntamientos españoles en los últimos años: la remunicipalización de los servicios públicos. Se explicará en qué consiste, cómo se lleva a cabo y cuál es el régimen jurídico aplicable así como los principales problemas jurídicos que plantea, especialmente, en relación a los trabajadores de la contratista y la posible aplicación del régimen de sucesión de empresas y subrogación, analizando para ello la jurisprudencia existente.

Por último, el trabajo contendrá una conclusiones sobre el tema así como la bibliografía utilizada para su elaboración.

2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES TRAS LA REFORMA DE LA LRBRL.

Los servicios públicos locales, ante la ausencia de una definición legal, han sido entendidos por la doctrina como *“aquellas actividades desarrolladas por una entidad local, por sí misma o a través de un gestor, con la que está vinculada mediante una relación jurídica, contractual o de otro tipo, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas que son destinatarias de la misma”*¹.

No obstante, y tal como señalaba el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de mayo de 1997, pronunciándose sobre si la explotación de una Balsa de Tenerife constituye o no un servicio público y la competencia del Cabildo para decidir sobre su explotación, *“el concepto de servicio público, calificado frecuentemente como polisémico, no es ciertamente una categoría dogmática unívoca”*².

Así, para que una actividad tenga la consideración de servicio público no es suficiente que proporcione una utilidad sino que debe de exigirse *“una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública”*³. Por lo tanto, se trata de actividades de carácter técnico que reportan algún tipo de utilidad a quienes las reciben (por ejemplo, la recogida de basuras), configuradas en base a unos criterios de generalidad, igualdad, continuidad, regularidad, y que han sido declaradas como *“servicio público local”* por la legislación y de acuerdo al procedimiento establecido para ello. La *publicatio* o reserva puede ser de dos tipos; a través de una *publicatio legal*, es decir, la decisión del legislador de incluir determinadas actividades como servicios públicos locales (tal como ocurre con la enumeración contenida en el artículo 26 LRBRL) ó bien mediante su creación en leyes sectoriales. Y, en segundo lugar, mediante la creación, al amparo de la competencia que les atribuye el art. 25 LRBRL, de nuevos servicios públicos⁴. En este

¹MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “Los debates sobre los servicios públicos locales: Estado de la cuestión”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 57, 2018, p.74.

²Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo de 23 de mayo de 1997, RJ 1997\4065, FJ 6º.

³MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “Los debates sobre los servicios públicos locales: Estado de la cuestión”, *op. cit.*, p.74.

⁴TORNOS MAS J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-58, 2016, p.105. Un ejemplo de servicio público de creación local han sido los aparcamientos públicos, que concurren en la mayoría de los municipios españoles con la existencia de aparcamientos privados.

caso, no es posible la exclusión total de la actividad privada porque para ello sería necesario una norma legal habilitante⁵.

En lo que respecta a este último requisito, algunos autores han sostenido que *“en el ámbito local únicamente se puede hablar con propiedad de servicio público respecto de aquellas actividades económicas que han sido objeto de reserva o publicatio”*, afirmando que *“el régimen de los servicios públicos está determinado por la reserva o publicatio de la actividad”*⁶.

El régimen competencial de los entes locales se regula en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), con el objetivo de clarificar las competencias municipales y evitar duplicidades.

La reforma, que es consecuencia directa de la modificación del art. 135 de la CE, incide en el régimen competencial de las entidades locales al supeditar su actuación a la obligación constitucional de estabilidad, control presupuestario y reducción del déficit.

La LRSAL parte de la distinción entre competencias propias y competencias atribuidas por delegación⁷. Las propias serán aquellas que vengan atribuidas por una ley, autonómica o estatal, según la materia de la que se trate y ejercidas en régimen de autonomía y responsabilidad, sin perjuicio de la coordinación con las restantes Administraciones Públicas para su programación y ejecución; mientras que las delegadas, son aquellas que se ejercen por las Entidades Locales por delegación de competencias del Estado o de las CCAA. Ambas serán objeto de reforma.

En el caso de las competencias propias, el art. 25 de la LRBRL, preveía que los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podían promover *“toda clase de competencias”* y *“prestar cuantos servicios públicos”* fueran necesarios para satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal⁸. El nuevo artículo 25 suprime la posibilidad de los municipios de promover *“toda clase”* de competencias y *“cuantos servicios fueran necesarios”*. Este nuevo matiz del apartado 1 del art. 25 LRBRL, unido al inciso final de este mismo apartado (*“en los términos*

⁵TORNOS MAS J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *op. cit.*, p.7.

⁶TORNOS MAS J., “Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados”, *op. cit.*, p.105.

⁷Art. 7.1 LRBRL.

⁸Art. 25.1 LRBRL.R

previstos en este artículo) parece querer restringir las competencias propias de los municipios a las materias enumeradas en el apartado 2 del art. 25 LRBRL⁹.

Se plantea así, si la enumeración de materias del art. 25.2 LRBRL se configura como una lista "*numerus clausus*", que no permite atribuir competencias al margen de ella¹⁰ ó, si por el contrario, puede haber competencias propias no recogidas en este precepto, siendo resuelto por el Tribunal Constitucional, como veremos a continuación.

Además, de la lista contenida en el apartado 2 del art. 25 desaparecen materias como, por ejemplo, la defensa de consumidores y usuarios (anterior letra g) del art. 25.2 LRBRL) o la participación en la gestión de la atención primaria de salud (anterior letra i) del artículo 25.2 LRBRL). Algunas como la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, (anterior letra k) del art. 25.2 LRBRL) se ven reducidas a la "*evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social*"¹¹ y otras modificadas, como por ejemplo, la "*seguridad vial en lugares públicos*" que pasa a ser "*policía local*" (ahora letra f) y la "*promoción y gestión de viviendas*" a "*promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera*" (ahora letra a)).

La reforma del art. 25 LRBRL incidirá también en las CCAA porque, mediante las Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª y 3ª y la Disposición Adicional 15ª de la LRSAL, les atribuye competencias en materia de salud (Disposición Transitoria Primera), prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social (Disposición Transitoria Segunda), inspección sanitaria (Disposición Transitoria Tercera) y educación (Disposición Adicional Decimoquinta).

En concreto, la Disposición Transitoria Primera, la Disposición Transitoria Segunda y la Disposición Transitoria Tercera prevén que las CCAA asumirán, progresivamente, la titularidad de las competencias, hasta entonces propias de los municipios, de gestión de la atención primaria de la salud, servicios sociales y reinserción social y mataderos, de conformidad con lo previsto en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales. En los dos primeros casos la asunción se hará en un plazo máximo de 5 años desde la entrada en vigor de la LRSAL y en el caso de los mataderos en un plazo de 6 meses

⁹SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. "Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, 2014, p.85.

¹⁰BARRERO RODRÍGUEZ, C. "La Ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, núm. 184, 2017, p. 5.

¹¹Letra e) del art. 25.2 LRBRL.

desde la misma fecha. Por último, se prevé que si las CCAA “no hubieran asumido el desarrollo de los servicios de su competencia hasta ahora prestados por los municipios (o diputaciones provinciales, entidades equivalentes u otras entidades locales), o en su caso acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio con cargo a la comunidad autónoma”¹².

Por su parte la Disposición Adicional Decimoquinta, remite a las normas reguladoras del sistema de financiación de las CCAA y de las Haciendas Locales para fijar el ejercicio de las competencias en materia de educación; en concreto, la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y la cooperación con las Administraciones educativas “en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales”¹³.

En lo que respecta al ejercicio de las competencias denominadas como “*propias*”, se requiere del cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LRBRL.

En primer lugar, se prevé que las competencias estén determinadas por una ley, pasándose de un “*ejercicio inmediato*” de la competencia a condicionar su ejercicio a una habilitación legal¹⁴, exigiéndose que la ley que atribuya la competencia al ente local evalúe “*la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera*”¹⁵.

Por su parte, el apartado 4 del art. 25 LRBRL exige que la ley cumpla una serie de requisitos: 1) Deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto que el ejercicio de la competencia tendrá sobre los recursos del Municipio y el cumplimiento de los principios recogidos en el apartado anterior; 2) Debe proveer los recursos necesarios asegurando la eficiencia financiera de la Entidad y evitando mayores gastos para las AAPP; 3) Ha de garantizar la no duplicidad de los servicios y;

¹² SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. “Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *op. cit.*, p. 87.

¹³D.A. 15ª LRSAL.

¹⁴GARCÍA RUBIO, F. (Director) “Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales”, Innap Investiga, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, p. 51.

¹⁵Art. 25.3 LRBRL.

por último, si se tratara de una ley estatal, requiere informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas acreditando el cumplimiento de los anteriores requisitos.

El segundo bloque de competencias que el art. 7 LRBRL reconoce expresamente son las competencias delegadas, reguladas en el art. 27 de la LRBRL. Para algunos autores, la delegación, que en ningún momento supone un cambio en la titularidad de la competencia sino en su ejercicio, puede ser entendida como “*una Administración indirecta del Estado o de las Comunidades Autónomas*”¹⁶, de ahí que se exija la aceptación del municipio.

La reforma de la LRBRL por la LRSAL modifica la regulación de la delegación de competencias, dejando de ser, en palabras de algunos autores, “*una técnica de acercamiento de la gestión a la ciudadanía*” para pasar a ser “*una posibilidad de reducción del gasto público y de simplificación del modelo competencial*”¹⁷.

En primer lugar, la nueva regulación exige que la delegación incorpore técnicas de dirección y eficiencia, bien en el acuerdo de delegación o en la disposición en virtud de la cual se realice. En segundo lugar, suprime la referencia anteriormente prevista que decía que “*a pesar de ser competencias ajenas era necesario respetar la autoorganización de los servicios de la entidad local*”¹⁸. En tercer lugar, se elimina la posibilidad de delegar competencias entre Entidades Locales (a partir de ahora, solamente el Estado y las CCAA podrán delegar sus competencias en los Municipios). En cuarto lugar, el art. 27 LRBRL ya no recoge que la competencia delegada debe afectar a los intereses propios del municipio (el nuevo precepto prevé una lista abierta de competencias, como por ejemplo, vigilancia, autorización y sanción en materia de espectáculos...siendo posible que se deleguen competencias no incluidas en el art. 27 LRBRL¹⁹). En quinto lugar, se acota su duración, que deberá ser la fijada en el acuerdo de delegación o en la disposición correspondiente, no pudiendo ser inferior a 5 años. Además, se exige que, bien en el acuerdo de delegación o bien en la disposición en virtud de la cual se ejerce, se señalen no sólo los medios personales y materiales necesarios sino, además, la acreditación de que esta forma de gestión no supone un mayor coste para la Administración. En este sentido, el párrafo 4º apartado 1 del art. 27 LRBRL señala que la delegación deberá ir acompañada de una memoria económica “*donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de*

¹⁶SÁNCHEZ MORÓN, M. “Derecho Administrativo. Parte general”, Tecnos, Madrid, 2014, p. 387.

¹⁷GARCÍA RUBIO, F. (Director) “Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸*Ibidem*, p. 33.

¹⁹ALONSO MAS, M.J. “El nuevo régimen de las competencias municipales”, *Monografías Reforma Régimen Local*, Editorial Aranzadi, enero 2014, p. 9.

este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas²⁰ y de la correspondiente financiación con dotación presupuestaria (art. 27.6 LRBRL). Por ello, como ya recogía la anterior redacción de la LRBRL, se prevé que si la Administración autonómica delegante no cumpliera con sus obligaciones en materia financiera el municipio podría compensarlas con otras que éste tenga con la CCAA, previéndose la posibilidad de que el acuerdo de delegación contenga otras causas de revocación (art. 27.7 LRBRL). En cuanto a la renuncia, ésta será posible, mediante acuerdo del Pleno, cuando debido a circunstancias sobrevenidas sea imposible el ejercicio de delegación sin afectar a las competencias propias.

Por último, en lo que respecta a la Administración delegante, la ley le reconoce una serie de facultades para “*dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados*”²¹. En concreto, puede dictar instrucciones técnicas vinculantes, recabar información sobre la gestión municipal, requerir la subsanación de deficiencias en la gestión, revocarla ante incumplimientos de sus instrucciones, recurrir los actos del municipio ante la Administración delegada a través del recurso de alzada y revisar de oficio tales actos. No obstante, la delegación de competencias a los municipios no es muy frecuente en la práctica²².

El Preámbulo de la LRSAL justifica su reforma de la LRBRL y la necesidad de modificar el régimen competencial de las Entidades Locales porque la regulación hasta entonces vigente generaba duplicidad de servicios, desequilibrios presupuestarios y endeudamiento, detectando como una de las principales causas de estos problemas el ejercicio, por parte de las Entidad Locales, de competencias que ni la ley les atribuía ni contaban con una financiación adecuada²³.

Así, la LRSAL deroga el art. 28 de la LBRL y por consiguiente, la categoría de competencias municipales “*complementarias*”. A partir de la reforma se exigirá para el ejercicio de aquellas competencias “*distintas de las propias y de las atribuidas por delegación*”²⁴ (tal como en su momento fueron definidas por el Consejo de Estado en Dictamen 567/2013, de 26 de junio de 2013 pronunciándose sobre el anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) el cumplimiento de

²⁰Art. 27.1 párrafo 4º LRBRL.

²¹Art.27 de la LBRL.

²²SÁNCHEZ MORÓN M., “Derecho Administrativo. Parte general”, *op. cit.*, p.387.

²³ALONSO MAS, M.J. “El nuevo régimen de las competencias municipales”, *op. cit.*, p. 9.

²⁴Apartado VI del Dictamen del Consejo de Estado 567/2013, de 26 de junio de 2013 sobre el anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

una serie de condiciones²⁵. En primer lugar, un “*equilibrio financiero-presupuestario*”²⁶, no siendo posible que su ejercicio suponga un riesgo para la sostenibilidad de la Hacienda municipal. En segundo lugar, se exige el cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Y, por último, acreditar mediante dos informes previos, de la Administración competente por razón de la materia y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, la ausencia de duplicidades y la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En relación con este tipo de competencias, algunos autores han señalado que su calificación como “*distintas de las propias o delegadas*” tiene una consecuencia clave: su posible supresión a través del plan económico-financiero previsto en el art. 116 *bis* de la LRBRL²⁷. En virtud de este artículo es posible la supresión de la competencia cuando las Corporaciones locales hubieran incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o la regla del gasto y se hayan visto obligadas a aprobar un plan económico-financiero.

En relación a los servicios mínimos obligatorios del art. 26 LRBRL no se producen excesivos cambios, al margen de la supresión de algún servicio como por ejemplo, “*el control de alimentos y bebidas*”²⁸ o los mercados.

Se mantiene la idea de que se trata de determinados servicios, que varían según el número de habitantes, tal como recoge el propio art. 26 LRBRL, que los municipios tienen la obligación de crear y asignarles partidas presupuestarias pero la ley no precisa ni las características ni el presupuesto que han de tener, por lo que cada corporación tiene la potestad de decidirlo discrecionalmente²⁹.

La principal novedad de la reforma es el nuevo papel que se les atribuye a las Diputaciones Provinciales en la coordinación de los servicios mínimos obligatorios en los municipios de menos de 20.000 habitantes³⁰.

La coordinación consiste en que la Diputación propondrá, de conformidad con el municipio, al Ministro de Hacienda y Función Pública, la forma de prestación del servicio (bien por la propia Diputación, repercutiendo su coste al municipio o mediante

²⁵Apartado 4 del art. 7 LRBRL.

²⁶GARCÍA RUBIO, F. (Director) “Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales”, *op. cit.*, p. 38

²⁷GARCÍA RUBIO, F. (Director) “Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales”, *ibidem*, p. 41.

²⁸La DT 3ª dispone que estos servicios pasarán a ser prestados por las CCAA.

²⁹SÁNCHEZ MORÓN M., “Derecho Administrativo. Parte general”, *op. cit.*, p.385.

³⁰No obstante, también se prevé que el municipio de menos de 20.000 habitantes pueda prestar el servicio si acredita que puede hacerlo a un coste menor que la Diputación (art. 26.2 LRBRL).

una forma de gestión compartida), siendo necesario un informe de la CCAA si es ésta quién ejerce la tutela financiera.

La modificación del art. 26.2 de la LBRL no supuso la efectiva asunción de los servicios mínimos de los municipios de menos de 20.000 habitantes por las Diputaciones. Una de las posibles razones es que para poder aplicarlo era necesario que el entonces Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprobara una Orden Ministerial para el cálculo del coste efectivo del servicio a efectos del lo dispuesto en el art. 116 *ter* LRBRL³¹. Mediante la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales, que fue a su vez desarrollada por la Resolución de 23 de junio de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se especifican los elementos incluidos en los anexos de la Orden HAP/2075/2014, se indicaba a los municipios como calcular el coste efectivo de sus servicios para su posterior comunicación y publicación en la página web del Ministerio³².

La reforma de la LRBRL operada por la LRSAL fue objeto de estudio y crítica, alertándose que artículos de la LRSAL podrían ser contrarios a la Constitución (arts. 137, 148 y 149 CE). Por ejemplo, se cuestionó si la obligación que se impone a las CCAA de asumir competencias en materia de salud, servicios sociales y educación (en virtud de las Disposiciones Transitorias 1^a-3^a y la Disposición Adicional 15^a) desbordaba los límites del art. 149 CE ó si la lista de competencias del art. 25.2 tenía carácter cerrado o en cambio, establecía unos mínimos. Todo ello será resuelto por el Tribunal Constitucional.

Apenas unos meses después de su entrada en vigor, se interpone recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la LRSAL. El recurso, núm. 1792/2014, se interpone por tres diputados de la Asamblea de Extremadura y será el primero de diez (incluyendo un conflicto en defensa de la autonomía local)³³ en los que se

³¹BARRERO RODRÍGUEZ, C. "La Ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?", *op. cit.*, p. 16.

³²Véase: <https://serviciostelematicosexthacienda.gob.es/sgcief/Cesel/Consulta/mapa/ConsultaMapa.aspx>

³³Los recursos interpuestos son los siguientes: recurso núm. 1792-2014 interpuesto por la Asamblea de Extremadura (STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016), recurso núm. 1959-2014 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (STC 111/2016, de 9 de junio), recurso núm. 1995-2014 interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (STC 168/2016, de 6 de octubre de 2016), recurso núm. 2001-2014 interpuesto por el Parlamento de Navarra (STC 180/2016, de 20 de octubre de 2016), recurso núm. 2002-2014 interpuesto por Diputados de varios Grupos Parlamentarios (STC 44/2017, de 27 de abril de 2017), recurso núm. 2003-2014 interpuesto por el Parlamento de Andalucía (STC 45/2017, de 27 de abril de 2017), recurso núm. 1996-2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña (STC 54/2017, de 11 de mayo de 2017), recurso núm. 2006-2014 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña (STC 93/2017, de 6 de julio de 2017), recurso núm. 2043-2014 interpuesto por

planteará si la nueva regulación del régimen local vulnera la autonomía municipal (art. 137 CE), las competencias autonómicas (art. 148 CE) o si excede de las previsiones del art. 149 CE.

El recurso se interpone frente a múltiples preceptos de la LRSAL, pero en lo que nos interesa en este punto y en relación a qué servicios públicos pueden prestar las Entidades Locales, se impugnan el art. 1 apartados 3 y 4 (art. 7 LRBRL), 8 (art. 25 LRBRL), 10 (art. 27 LRBRL), 30 (art. 116 *bis* LRBRL), Disposición Adicional Undécima y Decimoquinta y Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera LRSAL.

En lo que respecta a estos preceptos, los recurrentes alegan que el art. 25 LRBRL sobre competencias propias de los municipios (en la redacción dada por el art. 1.8 LRSAL) en relación con el art. 7 apartados 3 y 4 LRBRL (en la redacción dada por el art. 1.3 y 4 de la LRSAL) degradaría la competencia autonómica estatutaria y la de los propios municipios porque al establecerse una lista "*numerus clausus*" de competencias propias (art. 25.2 LRBRL) se impediría que las CCAA ampliaran sus competencias propias, siendo sólo posible atribuir a los municipios el ejercicio de competencias "*distintas a las propias y delegadas*". Así, no se garantizaría la constitucionalmente reconocida (art. 137 CE) autonomía local excediéndose el Estado de la competencia que le atribuye el art. 149.1.18º CE.

El TC analiza el actual régimen jurídico de las competencias locales tras la reforma e interpreta que el nuevo art. 25.2 LRBRL identifica las materias en las que el municipio debe tener competencia, señalando que el artículo no atribuye competencias sino condiciones. Así, la atribución de competencias a las Entidades Locales corresponde a ley, autonómica o a estatal, según la materia de la que se trate.

Por ello interpreta lo que ya venía sosteniendo parte la doctrina respecto de la lista del art. 25.2 LRBRL³⁴; no se trata en ningún caso de una lista "*numerus clausus*" sino que "*las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer "en todo caso" de competencias "propias, sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas"*³⁵, afirmando que las competencias propias no son sólo las que se recogen en el artículo 25.2 LRBRL.

el Gobierno de Canarias (STC 101/2017, de 20 de julio de 2017) y conflicto en defensa de la autonomía local núm. 4292-2014 interpuesto por 2.393 municipios (STC 107/2017, de 21 de septiembre de 2017).

³⁴ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. "Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico", *op. cit.*, p.85.

³⁵ FJ nº 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 41/2016 de 3 marzo. RTC 2016\41.

En relación con las competencias propias, precisa que los requisitos que la LRBRL establece en los apartados 3 y 4 operan y han de cumplirse respecto a todas las competencias propias, no sólo respecto a las enumeradas.

El Tribunal señala que, en sustitución de la regla del art. 28 LRBRL que permitía a los municipios el ejercicio de actividades complementarias, se establece otra posibilidad de que los municipios ejerzan competencias “*distintas de las propias y de las delegadas*”. Esta posibilidad se recoge en el art. 7.4 LRBRL que prevé que el municipio podrá ejercer competencias sin requerir de una habilitación legal específica, eso si, con el cumplimiento de los requisitos que establece el propio art. 7, esto es: no suponga un riesgo para la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal, no se produzca duplicidad de servicios y exigencia de dos informes de la Administración competente por razón de la materia y de la que ostente la tutela financiera.

Para el tribunal estas competencias se distinguen de las propias (art. 25 LRBRL) “*no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce sino por la forma en que están atribuidas*”³⁶; es decir, unas mediante ley sectorial, estatal o autonómica según la materia y otras mediante habilitación del legislador básico, estando supeditadas al cumplimiento de los requisitos expuestos. De este modo, el TC no declara la inconstitucionalidad de los artículos impugnados, sino que establece cuál ha de ser su interpretación.

En segundo lugar, los recurrentes sostienen que el art. 27 LRBRL (en la redacción dada por el art. 1.10 LRBRL) sobre delegación de competencias en conexión con el art. 7 apartado 4 LRBRL (en la redacción dada por el art. 1.4 de la LRSAL) constituiría una “*extralimitación de la competencia básica estatal*”³⁷, excediéndose el Estado de la competencia que le reconoce el art. 149.1.18º CE al regular tan detalladamente las condiciones, características y requisitos de la delegación.

El TC desestima la impugnación de los preceptos indicados al entender que el establecimiento por el legislador estatal de las condiciones, requisitos, competencias...en materia de delegación no excede de los límites del art. 149.1.18º CE porque el art. 27 LRBRL no impone la obligación de delegar ni impide que se pueda realizar en otras materias no contempladas en el precepto y porque los controles y facultades que se le atribuyen a la Administración delegante son propias de la técnica de la delegación y no vulneran de modo alguno la autonomía local.

³⁶FJ nº 10 d) de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 41/2016 de 3 marzo. RTC 2016\41.

³⁷Antecedente II d) de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 41/2016 de 3 marzo. RTC 2016\41.

En tercer lugar, en lo que respecta al art. 116 bis LRBRL (en la redacción dada por el art. 1.30 LRSAL) sobre el plan económico-financiero que están obligadas a realizar las entidades que incumplan los objetivos presupuestarios, de deuda pública o la regla del gasto, los recurrentes sostienen que la necesaria intervención de la Diputación supone una vulneración del art. 149 CE al extralimitarse el Estado de sus competencias en materia local y del art. 23.3 LEPSF que atribuye a las CCAA la competencia para la aprobación y seguimiento de estos planes (cuando las CCAA tengan en su Estatuto de Autonomía la competencia de la tutela financiera de los entes locales)³⁸.

Se desestima la impugnación ya que el TC entiende que la intervención de la Diputación que prevé el art. 116 bis LRBRL no contradice la LEPSF ni la CE porque se mantiene la competencia de las CCAA para aprobar el plan (en aquellos supuestos que éstas tengan la competencia de tutela financiera) y porque realmente, el papel de la Diputación será el de coordinar y colaborar con su cumplimiento.

Por último, la Disposición Adicional Decimoquinta y las Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera de la LRSAL, que atribuyen con carácter obligatorio a las CCAA competencias municipales en materia de educación (D.A 15ª), salud (D.T. 1ª), servicios sociales (D.T.2ª) y servicios de inspección sanitaria (D.T. 3ª), vulnerarían el art. 149.1.18ª al extralimitarse el Estado en su regulación y el art.149.3 CE en cuanto que no cabe que el Estado atribuya competencias a la CCAA mediante ley ordinaria. Además, también impugnan la Disposición Adicional Undécima que establece la obligación de comunicar al Ministerio de Hacienda y Función Pública la asunción por la CCAA de los servicios a los que se refieren las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda LRSAL y las obligaciones pendientes de pago en los municipios, al estar estrechamente vinculada con las D.T. 1ª y 2ª.

El Tribunal Constitucional recuerda que tanto los servicios sociales y de reinserción como la gestión de atención primaria de la salud son materias de competencia autonómica (apartados 20 y 21 del art. 148 CE, respectivamente) que

³⁸Art.23.4 LEPSF: “4. Los planes económico-financieros elaborados por las Corporaciones Locales deberán estar aprobados por el Pleno de la Corporación. Los correspondientes a las corporaciones incluidas en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales serán remitidos al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su aprobación definitiva y seguimiento, salvo en el supuesto de que la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre la Corporación Local tenga atribuida en su Estatuto de Autonomía la competencia de tutela financiera sobre las entidades locales. En este último supuesto el plan será remitido a la correspondiente Comunidad Autónoma, la cual será la responsable de su aprobación y seguimiento. La Comunidad Autónoma deberá remitir información al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de dichos planes y de los resultados del seguimiento que efectúe sobre los mismos”.

generalmente son ejercidos a nivel local, al amparo de los Estatutos de Autonomía o de los artículos 25 y 28 LRBRL, previa reforma o ex art. 26 como servicios mínimos.

Con la reforma de la LRBRL ya no se prevén como competencias propias ni como servicios mínimos obligatorios no pudiendo ser desarrollados por las entidades locales, ni al amparo del art. 7.4 LRBRL (competencias “*distintas de las propias y delegadas*”) ni del art. 25 LRBRL, traspasándose a las CCAA la gestión de estas competencias.

El TC rechaza que se haya vulnerado el art. 150 CE al no compartir que se hayan atribuido competencias al margen del procedimiento previsto en la CE dado que las competencias en estas materias ya se les atribuían a la CCAA en el correspondiente Estatuto. No obstante, si considera que el legislador se ha extralimitado claramente de la competencia prevista en el art. 149.1.18º CE:

*“El Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137, 140 y 141 CE), las bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía (...)”*³⁹.

Por lo tanto, al entender que tanto la D.A. 11ª como en concreto, las D.T. 1ª y 2ª no permiten que las CCAA decidan, en materias de su competencia, si descentralizan o no los servicios en las Entidades Locales, y al imponerles la obligación de prestar dentro de un plazo determinado y bajo unas concretas condiciones, vulneran la CE y por tanto son declaradas inconstitucionales.

Por lo que respecta a la Disposición Transitoria 3ª, también declara su inconstitucionalidad por las razones expuestas.

La D.A. 15ª, por el contrario, no es inconstitucional si se interpreta en el sentido de que el legislador estatal no prohíbe sino que obliga a las CCAA a atribuir a los municipios competencias en esta materia como propias.

Posteriormente, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el TC declara inconstitucional dos incisos del art. 26.2 LRBRL (STC 111/2016, de 9 de junio): “*al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*” y “*para reducir los costes efectivos de los servicios el*

³⁹FJ nº 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 41/2016 de 3 marzo. RTC 2016\41.

mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”⁴⁰. El TC sostiene que se produce una vulneración de las competencias de las CCAA recogidas en la CE (art. 148 CE) al atribuir al Estado, en concreto, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, funciones de carácter ejecutivo en materias en las que las Comunidades Autónomas tienen conferidas competencias ejecutivas. De esta manera el TC entiende que esas funciones ejecutivas atribuidas al MHFP de ninguna manera se pueden entender derivadas de las previsiones contenidas en el art. 149.1.18º CE y por tanto, vulneran la Constitución Española.

El art. 26.2 LRBRL también es objeto de impugnación en el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias. Al resolverlo, en STC 168/2016, de 6 de octubre, el TC se remite a lo dispuesto en la STC 41/2016 en cuanto que la Diputación puede proponer fórmulas de cooperación pero en ningún caso puede entenderse que tiene la obligación de asumir la gestión del servicio ni que el municipio esté obligado a aceptar la forma de gestión del servicio propuesta, pudiendo decidir si presta o no su conformidad. Así es como ha de interpretarse el precepto señala el TC; resultando aún más clara esta interpretación tras la eliminación de la intervención del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en STC 111/2016, FJ 12 d).

El resto de los recursos de inconstitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local modularán la reforma de la LRBRL al declarar el TC la inconstitucionalidad de varios preceptos y fijar cuál ha de ser la interpretación de otros. En lo que respecta a las impugnaciones de los artículos relacionados con las competencias de las Entidades Locales, el Tribunal Constitucional las desestima por pérdida sobrevenida del objeto al haber sido planteadas y resueltas previamente, remitiéndose a lo dispuesto en cuanto a posibles inconstitucionalidades e interpretación de la ley a lo establecido en las STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016 y STC 111/2016, de 9 de junio de 2016.

De la jurisprudencia del TC se han extraído dos conclusiones; la primera, en relación a la interpretación del art. 25 y al art. 7.4 LRBRL, en el sentido de que se establece una lista *numerus apertus* en el primer caso y en el segundo se reconoce la autonomía del municipio para ejercer competencias en materias sin título habilitante, no obstante, bajo el cumplimiento de las condiciones recogidas en el propio artículo.

⁴⁰Art. 26.2 LRBRL en la redacción dada por el art. 1.9 LRSAL.

La segunda conclusión es que la anulación de la transferencia de competencias a las CCAA plantea si estas competencias trasferidas han de prestarse o no desde el ámbito local, si es o no este nivel el idóneo para ello y sobre todo, si cuentan con una financiación suficiente para llevarlo a cabo⁴¹.

⁴¹CAMPOS ACUÑA, M. C. "Régimen local. Anulación parcial del régimen competencial de la reforma local. Tres conclusiones y una reflexión", *La Administración Pública*, Editorial Aranzadi, núm. 6, 2016, p. 8.

3. LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

El 19 de octubre de 2017 el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. La nueva ley de contratos, cuya entrada en vigor tiene lugar el 9 de marzo de 2018 deroga la anterior Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, estableciéndose así una nueva regulación de la contratación pública.

En lo que se refiere a la regulación de la gestión indirecta de los servicios públicos, la principal novedad que introduce la LCSP es la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, así como sus diferentes modalidades. La decisión del legislador responde a la necesidad de trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, y va a suponer una importante modificación respecto de la regulación anterior.

Al suprimirse el contrato de gestión de servicios públicos, la prestación indirecta de los mismos se hará a través de dos tipos contractuales; la concesión de servicios y el contrato de servicios. Así lo recoge la LRBRL cuando el art. 85.2 remite a la LCSP.

Tradicionalmente, la diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios se basaba en la naturaleza de la prestación que constituía el objeto del contrato⁴². Este criterio, que ya había sido desplazado por la jurisprudencia comunitaria⁴³, es sustituido por la transferencia o no del riesgo operacional.

La LCSP define el contrato de concesión de servicios como *“aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a*

⁴²PALOMAR OLMEDA A. y GARCÉS SANAGUSTÍN M. (Direct.) “Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público”, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 755.

⁴³En la STJUE de 10 de marzo de 2011 (asunto Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contra Zweckverband für Rettungsdienst und Feue (TJCE 2011\52)) el TJUE califica como contrato de concesión de servicio público un contrato de socorro al exigirse al concesionario la asunción del riesgo operacional y el pago del coste del servicio por parte del usuario (apartado 48).

Por su parte, en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto Norma-A SIADekom SIA contra Latgales planosanas regions (TJCE 2011\347) el TJUE (Sala Segunda) en un supuesto de contrato de transporte público de autobús sostiene que la calificación del mismo como concesión exige que aún siendo el modo de remuneración (pago tickets) propio la concesión (apartado 46) lo relevante para su calificación como concesión es la transferencia del riesgo operacional (apartados 47-50).

*explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio*⁴⁴, mientras que el art. 17 LCSP dice que los contratos de servicios son *“aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por un precio unitario”*⁴⁵.

Así, atendiendo a la definición que da la ley para poder diferenciar ambos contratos, se ha de acudir a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 15 LCSP donde se señala que la diferencia entre el contrato de servicios y el de concesión es que, en este último caso, la explotación de los servicios conllevará la transferencia del riesgo operacional.

La nueva ley de contratos recoge el concepto del riesgo operacional en los mismos términos que la Directiva⁴⁶. En base a ello, la doctrina, teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria, ha desarrollado el concepto de riesgo operacional y señalado cuáles son sus rasgos característicos⁴⁷.

En primer lugar, se trata de un riesgo de carácter económico. El carácter económico del riesgo ya lo señala la propia Directiva 2014/23 en su Considerando 18 y significa que el concesionario está expuesto a las incertidumbres del mercado, pudiendo no recuperar las inversiones realizadas o los costes del servicio. Es decir, junto a la posibilidad de obtener ganancias existe también un riesgo de pérdidas. Ello se debe a que en el contrato de concesión la principal retribución que ha de obtener el contratista debe provenir de la explotación del servicio. Por su parte, la jurisprudencia comunitaria ha entendido que el riesgo de explotación puede ser entendido como el riesgo de enfrentarse a otros operadores, desajustes entre la oferta y la demanda, posible insolvencia de los deudores, mayores costes que ganancias...⁴⁸

En segundo lugar, se trata de un riesgo ajeno al control de las partes. Así, los riesgos relacionados con la mala gestión o incumplimientos del contrato no son determinantes para calificar un contrato como concesión porque son riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato.

En tercer lugar, es necesario que el riesgo sea sustancial o significativo. Es posible que parte del riesgo operacional sea asumido por el poder adjudicador, pero la

⁴⁴Art. 15 LCSP.

⁴⁵Art. 17 LCSP.

⁴⁶HUERGO LORA, A. “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Nueva Época*, núm. 4, 2017, p. 48.

⁴⁷GAMERO CASADO E. y GALLEGRO CÓRCOLES I. “Tratado de contratos del sector público. Tomo III”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018, p. 25812.

⁴⁸Ibidem, p. 25813.

parte sustancial del mismo debe ser asumida por el concesionario. En este sentido, autores han entendido que el hecho de que la ley, en el art. 14.4 LCSP diga “*la concesión deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional (...)*”, la utilización de “*un*” en vez de “*del*” o “*el*” significa que “*no es necesario que el concesionario asuma todo el riesgo*”⁴⁹. De este modo, el concesionario puede asumir el “*riesgo de demanda*”, el de suministro o bien, ambos⁵⁰. El primero de ellos puede ser entendido como “*el riesgo de que el número de usuarios sea más o menos alto, lo que afectará a los ingresos del concesionario y a las posibilidades de recuperar la inversión efectuada*”⁵¹. El segundo, como “*el riesgo de que, como consecuencia de un exceso de demanda, y aunque él esté cumpliendo correctamente el contrato, se produzcan degeneraciones de uso de la obra o servicio o no se cumplan los estándares de calidad y disponibilidad*”.

Un ejemplo lo encontramos en el Acuerdo 55/2013 de 1 de octubre de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (JUR 2015\131649). El asunto es el siguiente: se trata de un contrato de centro de día que en los pliegos está calificado como contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión. El tribunal administrativo rechaza que se trate de un contrato de gestión de servicio público al entender que no hay transferencia del riesgo operacional porque en los pliegos se recoge que la facturación del concesionario será una cantidad fija, con independencia de las aportaciones de los usuarios, que siempre y en todo caso será la misma.

En cuarto lugar, es posible calificar un contrato como concesión, aunque el riesgo sea muy limitado. En este sentido, podemos citar la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-206/08, donde resuelve una decisión prejudicial entre una mancomunidad de municipios y una contratista en la que se plantea si un contrato ha de calificarse como concesión de servicios cuando la contratante asume una parte limitada (debido a las características del sector) del riesgo de explotación.

Para el TJUE si es posible celebrar un contrato de concesión de servicios cuando el riesgo de su explotación se encuentra limitado porque se trata de prestaciones (en este caso, servicios municipales de agua) que están sujetos a una

⁴⁹HUERGO LORA, A. “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁰MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M. “Los diferentes tipos de contratos para prestar servicios públicos tras la LCSP y el difícil equilibrio entre los riesgos y la atracción de inversiones privadas”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 2019, p. 7.

⁵¹HUERGO LORA, A. “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *op. cit.*, p. 38y p. 49.

estricta reglamentación; siempre y cuando, se transfiera la mayor parte del riesgo existente.

Por último, es un riesgo propio del funcionamiento del mercado. Así, no es posible atribuir al concesionario cualquier tipo de riesgo, sino que ha de estar estrechamente vinculado con la explotación del servicio en condiciones normales del mercado.

3.1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

El objeto del contrato de concesión de servicios se regula en el art. 284.1 LCSP, que es muy similar a la regulación precedente (art. 275 TRLCSP). En él se dispone que para que un servicio pueda ser objeto del contrato de concesión es necesario que sea de titularidad o competencia de la Administración, sea susceptible de explotación económica y no implique el ejercicio de autoridad propia de los poderes públicos (por ejemplo, Policía).

La novedad que introduce la LCSP es la previsión del apartado segundo; esto es, que si se tratara de servicios públicos es necesario que previamente a la contratación, se establezca el régimen jurídico del servicio donde conste que la Administración ha asumido como propia esa prestación y en qué consistirá el servicio⁵².

La eliminación del contrato de gestión de servicios públicos ha supuesto una notable ampliación del objeto del contrato de concesión de servicios⁵³. Ello se debe a que, como ya se ha explicado, la principal característica o rasgo de la nueva regulación del contrato es la transferencia del riesgo operacional y no la naturaleza de la prestación. Como consecuencia, la concesión puede tener por objeto tanto servicios públicos como servicios no públicos.

El régimen jurídico de los contratos de concesión de servicios se regula en los arts. 284-297 LCSP además de en otras disposiciones a lo largo de la ley y de la remisión del art. 297 LCSP a la regulación de las concesiones de obras.

En primer lugar, la ley (art. 285 LCSP) dispone cuál ha de ser el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas (definir el objeto del contrato, condiciones de prestación del servicio,

⁵²Art. 284.2 LCSP.

⁵³GAMERO CASADO E. y GALLEGO CÓRCOLES I. "Tratado de contratos del sector público. Tomo III", *op. cit.*, p. 2589.

distribución de riesgo entre la Administración y el concesionario, requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica, cesión del contrato...). La novedad que se introduce es que al definir el objeto del contrato se ha de prever su posible división en lotes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 99.3 LCSP.

En segundo lugar, se exige la tramitación previa de un estudio de viabilidad económico-financiera, previéndose que éste tendrá carácter vinculante cuando sostenga la no viabilidad del proyecto.

Los efectos, cumplimiento y extinción del contrato se prevén en los artículos 286 y ss LCSP.

El concesionario ha de cumplir el contrato tal como se hubiera establecido en los pliegos, reservándose la Administración facultades de policía cuando se trate de servicios públicos. Es comprensible, dado que mediante la celebración de estos contratos se busca satisfacer el interés público y la Administración no puede mantenerse al margen de una serie de prestaciones que son de su competencia⁵⁴.

Con carácter general, el concesionario ha de prestar el servicio tal como se hubiera pactado en los pliegos, de conformidad con la legislación aplicable y garantizando la continuidad, continuidad que exige incluso que siga prestando el servicio hasta que se formalice nuevo contrato. Además, ha de garantizar su buen orden (pudiendo incluso dictar instrucciones para ello), evitando discriminaciones e indemnizando a terceros los daños consecuencia de la prestación del servicio, salvo que fueran imputables a la Administración.

A cambio de la prestación del servicio, el concesionario tiene derecho a una remuneración, la tarifa, siendo indiferente que se obtenga directamente de los usuarios o de la Administración. Incluso, cabe la retribución en especie, al haber sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en Informe 9/12, de 7 de mayo de 2013.

En relación a la contraprestación, el art. 292 LCSP (que reproduce literalmente el art. 284 TRLCSP) prevé el derecho del concesionario a los intereses de demora cuando la Administración no haga efectiva la contraprestación económica.

El contrato se ha ejecutar de conformidad con lo que se hubiera dispuesto en los pliegos. No obstante, es posible su modificación, tal como recoge el art. 290 LCSP. La regulación de la modificación del contrato de concesión, que es muy similar al régimen previsto en el TRLCSP, se basa en que, con carácter general, si se

⁵⁴PALOMAR OLMEDA A. y GARCÉS SANAGUSTÍN M. (Direct.) "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público", *op. cit.*, p. 785.

produjeran circunstancias sobrevenidas no previstas en los pliegos ni en el anuncio de licitación que provoquen una variación esencial del contrato, se producirá su resolución⁵⁵.

Partiendo de que en todo contrato de concesión de servicios debe haber una equivalencia entre las partes garantizada mediante el mantenimiento del equilibrio financiero, el art. 290 LCSP regula los supuestos en los que la Administración está obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato. El primer supuesto se refiere a los casos en los que la Administración hace una modificación discrecionalmente, en el ejercicio de su "*ius variandi*" por razones de interés público. El segundo se produce cuando la Administración adopta medidas de carácter general que, aunque no modifican el objeto del contrato ni lo pretenden, inciden en el mismo haciéndolo más oneroso para el contratista. Por último, supuestos de fuerza mayor.

La principal novedad de este artículo es la introducción del apartado 6 donde se recoge que el concesionario tendrá derecho a desistir del contrato cuando éste sea extraordinariamente oneroso bien por haberse aprobado con posterioridad a la formalización del contrato una disposición de carácter general o por estar obligado, legal o contractualmente, a incorporar avances técnicos surgidos con posterioridad a la formalización de la concesión. En su inciso final precisa que se entiende que resultaría extraordinariamente oneroso cuando, como consecuencia de lo anterior, sus costes se vean incrementados un 5% del importe neto de negocios de la concesión por el periodo que le reste.

El contrato de concesión tendrá una duración máxima de 40 años para las concesiones de servicios que impliquen la realización de obras, 25 para las que no impliquen realización de obras y 10 para servicios sanitarios sin ejecución de obras (art. 29.6 LCSP). Estos plazos máximos se configuran como un límite que no es posible superar⁵⁶, pero tal como dispone la ley, si se quiere celebrar por un plazo superior a los 5 años, el plazo de duración de la concesión "*no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos*"⁵⁷.

⁵⁵PALOMAR OLMEDA A. y GARCÉS SANAGUSTÍN M. (Direct.) "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público", *op. cit.*, p. 796.

⁵⁶HUERGO LORA, A. "El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷Art. 29.6 LCSP.

Una vez finalizado, el servicio revertirá a la Administración debiendo el contratista entregarle todos obras e instalaciones necesarios para el desempeño del servicio. En este sentido el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales prevé que cuando finalice la concesión determinados bienes revertirán al patrimonio municipal (art. 115).

En supuestos de incumplimiento del concesionario, la Administración puede optar por la resolución del contrato o por su intervención. Esta posibilidad que ya se recogía en la anterior ley contempla que el concesionario debe indemnizar a la Administración los daños y perjuicios cuya actuación le hubiera causado⁵⁸. En el caso de que opte por el secuestro, este debe tener una duración limitada, no pudiendo exceder de lo fijado en los pliegos o en lo que determine la Administración afectada, sin que en ningún caso pueda superar dos años o la tercera parte de lo que restara para la finalización del contrato⁵⁹.

Para finalizar, la LCSP (art. 294 LCSP) prevé como causas de resolución de la concesión: la ejecución hipotecaria, la demora de más de 6 meses en el pago de la contraprestación, el rescate, la supresión del servicio por razones de interés público, la imposibilidad de continuar con la prestación del servicio por acuerdos adoptados por la Administración y el secuestro por un plazo superior al previsto en el 263.3 LCSP.

La resolución del contrato de concesión produce el efecto de indemnizar, regulándose en el art. 295 LCSP según que le sea imputable la resolución del contrato a la Administración o al contratista.

3.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE SERVICIOS.

En lo que respecta al contrato de servicios, éste se regula en los arts. 308-314 LCSP, además de otras previsiones de la ley.

La nueva ley de contratos mantiene el enfoque y sistemática de la regulación precedente. La definición, regulada en el art. 17 LCSP es similar a la que se preveía en la anterior ley y define a este tipo contractual diferenciándolo de los contratos de obras y suministros.

La ley mantiene la posibilidad de celebrar un contrato de servicios por precios unitarios, posibilidad que había sido introducida en la ley anterior por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas que modifica la TRLCSP introduciendo la D.A.34^a y se dispone que la adquisición de programas de

⁵⁸Art. 293 LCSP.

⁵⁹PALOMAR OLMEDA A. y GARCÉS SANAGUSTÍN M. (Direct.) "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público", *op. cit.*, p. 807.

ordenador desarrollados a medida seguirá considerándose como contrato de servicios (art. 16.3.b LCSP).

La propia ley excluye de su aplicación determinados contratos (seguridad y defensa, servicios financieros, arbitraje, etc) y, en lo que respecta a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, estos serán aquellos en los que su valor estimado sea igual o superior a los parámetros que recoge el art. 22.1 LCSP.

En cuanto a la adjudicación del contrato, los requisitos de capacidad y solvencia del empresario se regulan en el Título II de la LCSP. Asimismo, en el art. 312 se recogen una serie de especialidades para los contratos de servicios a favor de la ciudadanía.

Por ejemplo, se exige que previamente a la contratación del servicio se hubiera establecido su régimen jurídico, económico y administrativo y se hubiera declarado expresamente que la actividad era asumida como propia por la Administración o precisa que los bienes afectos a estos servicios no podrán ser objeto de embargo o que, dentro de lo posible, las prestaciones se llevarán a cabo en dependencias no pertenecientes a la Administración.

En relación al contenido del contrato de servicios el art. 308 LCSP recoge una serie de precisiones, algunas coincidentes con la anterior regulación y otras, en cambio, nuevas.

En primer lugar, como ya recogía la TRLCSP, el art. 308.1 señala que cuando los servicios tengan por objeto productos con un derecho de propiedad intelectual o industrial, la celebración del contrato conllevará la cesión de ese derecho a la Administración contratante. Salvo, que se disponga lo contrario en los pliegos. Pero, aún así, la Administración podrá autorizar su uso.

En segundo lugar, se prevé una regla para limitar la contratación fraudulenta de personal, prohibiéndose la misma y negando el derecho de consolidación de los trabajadores de la contratista cuando finalice la concesión.

En tercer lugar, contiene una regla especial para servicios que desarrollen aplicaciones informáticas, donde puede definirse por referencia a componentes del servicio.

Para determinar el precio de los contratos de servicios se habrá de acudir a las reglas de los arts. 101 y 102 y al art. 309 LCSP. Las reglas del art. 102 LCSP recogen la exigencia de que cuando en el contrato de servicios el coste principal sea el coste

laboral se habrá de atender a los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales que resulten aplicables.

Por otro lado, la revisión de precios sólo será posible si previamente se justifica en el expediente y sólo para aquellos contratos que supongan inversiones cuya recuperación se prevea igual o superior a 5 años, utilizando para su cálculo la fórmula prevista en el pliego.

La duración de los contratos de servicios se regula por las reglas recogidas en el art. 29 LCSP donde se prevén las particularidades para cada tipo de contrato. En el caso que nos ocupa, los contratos tendrán una duración máxima de 5 años, incluyendo posibles prórrogas. La duración máxima se amplía en relación a la RTLCSP.

No obstante, es posible que estos contratos tengan una mayor duración. Se tratan de tres supuestos concretos. El primero de ellos se produce cuando el propio periodo de recuperación de la inversión realizada exige una mayor duración. En segundo lugar, cuando se trate de contratos de servicios a las personas que de proceder a su extinción les afectaría negativamente. En tercer lugar, los contratos de servicio de mantenimiento concertado con el de compra, tendrá el plazo de duración de la vida útil del producto cuando el servicio sólo pueda ser prestado por el suministrador del bien.

Por último, se refiere a los contratos de servicios complementarios a los de obras o suministros, estos tendrán un plazo superior a los 5 años pero en ningún caso será superior al plazo del contrato principal.

Al igual que ocurría con la concesión, los contratos de servicios también son prorrogables. Así lo recoge los arts. 203-207 LCSP. La prórroga la acuerda el órgano de contratación, cuyo límite son las normas presupuestarias. Es obligatoria para el contratista y se ha de avisar con dos meses de antelación. Además, no cabe la prórroga tácita.

Se admite la posibilidad de prorrogar el contrato cuando llegado su vencimiento no hubiera sido posible contratar. En estos casos se exige anuncio de licitación, publicidad y ha de ser acordada con una antelación de tres meses a la finalización del contrato principal, salvo contratos con duración de menos de dos meses. Por su parte, la prórroga tendrá una duración máxima de nueve meses.

La ejecución del contrato se hará conforme a lo recogido en el contrato y los pliegos. El contratista, de conformidad con lo dispuesto en el art. 311 LCSP, responderá de la calidad del servicio, las omisiones, los errores, los daños causados a

terceros...Además, al tratarse de servicios públicos, la ley precisa que deberán prestarse con la continuidad pactada, garantizando las condiciones establecidas, cuidando del buen orden del servicio, entre otras.

Si el trabajo no se adecua a lo contratado por vicios o defectos imputados al contratista, la Administración quedará exenta del deber de pago (art. 311.3 LCSP).

A partir de la recepción comenzará el plazo de garantía durante el cual el contratista responderá de los vicios y daños que presenten los trabajos realizados (art. 311.4 LCSP).

Por último, las causas de resolución del contrato de servicios que en la anterior ley se regulaban en los arts. 308 y 309 pasan ahora al art. 313 LCSP.

Son causas de resolución del contrato además de las recogidas, con carácter general en el art. 211 LCSP, las que con carácter específico se prevén en el art. 313 LCSP para este tipo de contratos: el desistimiento antes del inicio de la prestación o la paralización imputable al órgano de contratación por más de cuatro meses, el desistimiento iniciada la prestación o suspensión por el órgano de contratación por más de ocho meses y la resolución del contrato principal en el caso de los contratos complementarios. En estos casos el contratista tendrá derecho a una indemnización calculada conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 313 LCSP.

Por su parte se establecen unas causas especiales en el caso de los contratos a favor la ciudadanía (art. 312 LCSP): rescate, supresión y secuestro.

Por último, es importante destacar que en en el ámbito local, con carácter general, la competencia para celebrar contratos administrativos les corresponde a los Alcaldes, sin perjuicio de las especialidades previstas en la Disposición adicional segunda de la LCSP y que en los casos en los que el valor del contrato supere el presupuesto de la entidad la competencia puede recaer en el Pleno de la entidad.

Por su parte, la Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, formando parte de ella el Secretario, el Interventor y personal funcionario designado por el órgano de contratación. Además, podrán estar presentes en la Mesa miembros de las Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas.

Los actos de intervención se realizarán por el Interventor Local y los informes jurídicos deberán ser emitidos por el Secretario de la entidad, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera.

Por lo demás, seguirá el régimen previsto en la LCSP.

4. REMUNICIPALIZACIÓN.

En los últimos años, Ayuntamientos españoles como, por ejemplo, el de Cambrils, Vidreres o el de Oviedo han optado por recuperar la gestión directa de servicios públicos locales tales como el de parques y jardines, limpieza viaria, recogida basuras o la gestión tributaria⁶⁰.

Este proceso, que no es único ni exclusivo de nuestro Estado⁶¹, ha recibido el nombre de “*remunicipalización*” y aunque el término pueda resultar equívoco⁶², el municipio en ningún momento llega a perder la titularidad del servicio. Por ello, con él, se pretende hacer referencia a la recuperación de la gestión directa de servicios públicos locales.

La previa municipalización del servicio y la gestión indirecta del mismo se configuran como presupuestos necesarios para recuperar la gestión del servicio. No supone, por lo tanto, la creación de un nuevo servicio público o su privatización, sino la decisión sobre su forma de gestión.

El art. 22.2.f LRBRL dispone que será el Pleno del Ayuntamiento el competente para “*La aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización*”⁶³. Se trata, pues, de una decisión no predeterminada por la ley pero sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, tanto formales como materiales.

Se ha de justificar que la gestión directa del servicio resulta más sostenible y eficiente que la gestión por sujetos de derecho privado. Así, se exige una actuación conforme a los principios de sostenibilidad financiera y de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos que aparecen recogidos en los arts. 4 y 7 LOEPSF, respectivamente, debiendo ser entendidos como “*la búsqueda de la fórmula que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado*”, el primero de ellos y como “*la consecución del objetivo prefijado con el menor número de recursos posible*”, el segundo⁶⁴.

⁶⁰TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 3.

⁶¹Véase en este sentido: KISHIMOTO S. y PETITJEAN O. “REMUNICIPALIZACIÓN. Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos”, *Transnational Institute*, 2017.

⁶²Martínez-Alonso Campos J.L., “Los debates sobre los servicios públicos locales: Estado de la cuestión”, *Revista Catalana de DretPúblic*, nº 57, 2018, p. 90.

⁶³Art. 22.2.f LRBRL.

⁶⁴LEÓN ACOSTA, M. “El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LLRLL”, *REALA Nueva Época*, nº 12, 2019, p. 90.

El cumplimiento de estos principios se ha de acreditar mediante la elaboración de una memoria en la que deberá constar el asesoramiento, los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recibido, así como un informe del interventor local valorando su cumplimiento, que serán publicitados (art. 85.2 LRBRL). La memoria, junto a los informes, deben ser aprobados por el Pleno del Ayuntamiento por mayoría simple, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47 LRBRL.

La ley es clara en cuanto a la importancia del cumplimiento de estos requisitos, especialmente, el informe del interventor y la memoria justificativa, habiéndose pronunciado los tribunales en varias ocasiones tanto sobre el carácter legal y no de oportunidad del informe del interventor (STC 143/2013, de 11 de julio, RTC 2013\143, FJ 10º)⁶⁵ como anulando obligaciones impuestas a los contratistas por la omisión del informe sobre sostenibilidad y eficiencia o por su insuficiencia (SSTJJ de Islas Baleares de 10 de junio de 2015, RJ: 489\2015⁶⁶ ó STSJ del País Vasco, de 19 de marzo de 2014, RJ: 2014\640)⁶⁷.

Por último, en lo que respecta a la obligación de publicitar la memoria y los informes, ha sido interpretado de distinta manera. Para algunos autores, como por ejemplo, Esteve Pardo o Martínez-Alonso Camps *“la norma exige un trámite de*

⁶⁵El Pleno del TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra varios artículos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre en el que se alegaba, entre otros motivos, que la existencia de un control económico-financiero encomendados a funcionarios de habilitación nacional vulneraba la autonomía local invadiendo las competencias de los funcionarios locales. El TC declara que la exigencia legal de que sean funcionarios con habilitación nacional (en este caso, Interventores) es plenamente válida, manifestando el carácter legal y exigible del informe que controle los aspectos económico-financieros de los servicios.

⁶⁶El TSJ de las Islas Baleares anula varios preceptos de una Ordenanza Municipal que imponía a los productores la incorporación obligatoria al servicio municipal de recogida de residuos comerciales no peligrosos y residuos domésticos generados por las industrias. La impugnación se sustenta en que esta imposición no está motivada ni tampoco basada en razones de eficiencia ni eficacia. Así, se pone de manifiesto la importancia que tienen los principios de eficiencia y eficacia cuando señala *“No consta en el expediente administrativo justificación alguna sobre los criterios de mayor eficiencia y eficacia -económica y ambiental- que conlleva la gestión municipal de estas clases de residuos, y los informes aportados por el Ayuntamiento de Calvià (...). Por otro lado, estos informes tampoco acreditan ni explican estas razones para imponer a los productores que deben servirse del sistema municipal, sin permitir la gestión por sí mismos o a través de empresas”* (STJB de 10 de junio de 2015, 489\2015, FJ 5º).

⁶⁷La STJPV de 19 de marzo de 2014 pone también de manifiesto la importancia de valorar la eficacia, eficiencia y sostenibilidad cuando anula el Decreto que obliga a una empresa a incorporarse al sistema de gestión municipal, por razones de interés público porque, tal como sostiene el TSJ, el informe del Ayuntamiento no logra que la gestión municipal sea más eficaz y eficiente (STJPV de 19 de marzo de 2014, FJ 5º).

*información pública, que se encontraba ya en algunas leyes autonómicas y era una reivindicación generalizada en la doctrina*⁶⁸. Por el contrario, en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valladolid 150/2017, de 14 de noviembre (RJ: 2018\42971), el tribunal señala que *“atendiendo a lo que se dispone en el artículo 85.2, esta publicación no es un trámite que debe cumplirse con carácter previo a la aprobación, sino que ha de producirse después de esa aprobación*⁶⁹.

La *“remunicipalización”* se puede producir al término de la gestión indirecta cuando, una vez finalizado el período por el que se pactó el contrato de concesión o de servicios, se abre lo que se denomina una *“window of opportunity”* (ventana de oportunidad) que permite al titular del servicio optar por gestionarlo directamente⁷⁰ o como consecuencia del ejercicio del *“rescate”*, sin que se produzca la finalización del contrato.

El rescate, que aparece en el apartado c del art. 294 LCSP como una de las causas de resolución del contrato de concesión de servicios, fue definido en su día por el Consejo de Estado en su Dictamen 2918/2003, de 27 de noviembre, a propósito del rescate de la concesión otorgada a Hidroeléctrica en el Puerto de Cartagena, como *“una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediante indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo produce”*⁷¹..

La nueva Ley de Contratos del Sector Público contiene varias referencias a esta figura⁷². En primer lugar, se incluye como una de las causas de resolución del contrato de concesión de obra pública, contenidas en el art. 279.c LCSP, regulándose en el art. 280, apartados 1 y 3 los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública, y en concreto, que ocurre en caso de rescate de la concesión.

En segundo lugar, igualmente, el rescate se incorpora como causa de resolución del contrato de concesión de servicios (art. 294.c LCSP), regulándose en el

⁶⁸ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., pág. 334.

⁶⁹Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valladolid de 14 de noviembre de 2017, RJ: 2018\42971.

⁷⁰TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *op. cit.*, p. 14.

⁷¹Expediente de rescate de concesión otorgada a Hidroeléctrica Española, S.A. en el Puerto de Cartagena de 27 de noviembre de 2003, Ref. 2918/2003 (Punto 4º).

⁷²FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Nueva Época, nº4, 2017, p. 74.

art. 295 LCSP los efectos de la resolución del contrato por el rescate de la concesión (art. 295.4 LCSP), que es el relevante a efectos de este trabajo. Por el contrario, la nueva LCSP, al regular el contrato de servicios, no contiene ninguna mención al rescate.

En tercer lugar, se prevé la posibilidad de que la decisión de rescatar sea controlada por los órganos de recursos contractuales competentes mediante el recurso especial en materia de contratación, al considerar expresamente al rescate de concesiones como acto recurrible (art. 44.2.f)⁷³.

En cuarto lugar, se prevé que en el caso de los contratos de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de AAPP, sus efectos y extinción se regulen por las normas de derecho privado, pero prevé como excepción en el art. 319.2 LCSP, que *“A los contratos de concesión de obras y concesión de servicios les será de aplicación las causas de resolución establecidas en los artículos 279 y 294, para cada uno de ellos. No obstante lo anterior, el rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro o intervención de los mismos, se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador”*⁷⁴.

Por último, la Disposición Transitoria Primera LCSP prevé que se aplicará la ley a los acuerdos de rescate realizados con posterioridad a su entrada en vigor.

Su ejercicio exige el cumplimiento de los requisitos del art. 85 LRBRL, es decir, acreditar que la prestación directa del servicio es más eficaz y eficiente que la gestión indirecta.

La declaración de rescate la hará el órgano contratante, salvo en el caso de los contratos de los poderes adjudicadores sin la consideración de AAPP que se hará conforme a lo que dispone el art. 319 LCSP. En el caso de los Ayuntamientos, el Pleno será el responsable de ello (Disposición Adicional Segunda LCSP).

Si se compara la nueva LCSP con la anterior regulación del rescate (contenida en el art. 269 TRLCSP) se introduce una novedad; la desaparición del inciso *“discrecionalmente adoptada”*. De este modo, la Administración deja de tener una potestad discrecional para rescatar el servicio al configurarse el interés público como

⁷³GIMENO FELIU, J.M. “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, febrero 2017, p. 72.

⁷⁴Art. 319.2 LCSP.

la verdadera causa y razón que justifica el rescate. Así, teniendo en cuenta la nueva configuración del rescate, se exigirá a los órganos administrativos una mayor justificación y motivación para proceder al mismo⁷⁵.

La jurisprudencia ha controlado en diversas ocasiones el procedimiento de ejercicio de la potestad de rescatar, por ejemplo, en STS de 29 de diciembre de 2003, recurso de casación 5496/1998, RJ 2005\3340, donde se anula el rescate de los servicios públicos relativos al ciclo del agua en Punta Umbría y Mazagón por falta del dictamen del órgano consultivo⁷⁶.

En cuanto a los efectos del rescate y dado que no responde a un incumplimiento por parte del concesionario, genera el derecho de éste a una indemnización por los perjuicios derivados de la extinción anticipada del contrato (art. 295 LCSP), indemnización que habrá de calcularse de conformidad con los criterios recogidos en el art. 280.3 LCSP.

La recuperación de la gestión directa de un servicio público conlleva numerosas consecuencias jurídicas pero, sin lugar a dudas, el principal problema que plantea es la aplicación, a las Administraciones Públicas, del régimen previsto en el artículo 44 ET para la sucesión de empresas.

Entran así en colisión dos principios, el de estabilidad en el empleo del art. 44 ET y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, consagrados en la Constitución Española (art. 103.3 CE) y en el EBEP (arts. 55 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público).

El reflejo de estas normas en la LCSP se encuentra en el art. 130.3 LCSP que dice que en caso de reversión existe la obligación de la Administración de subrogar al personal de la contratista si así lo dispone una norma con rango legal o un convenio que sea de aplicación. La referencia a "*norma de rango legal*" es lo que permite aplicar el régimen previsto en el art. 44 ET a las AAPP.

⁷⁵FERNÁNDEZ VALVERDE, R. "El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *op. cit.*, p. 81.

⁷⁶En otros supuestos, como por ejemplo, STS de 12 de diciembre de 2008, recurso de casación 2076/2006, RJ 2008\8113 se anula, en este caso, un rescate autonómico por ausencia de dictamen de órgano consultivo ó a nivel estatal, por falta de dictamen del Consejo de Estado (STS de 18 de noviembre de 2010, RJ 2010\8546).

Para poder entender el actual régimen jurídico se ha de partir de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

En su art. 1 dice que *“se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión”* entendiendo por *“traspaso”* el de *“una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”*⁷⁷.

La Directiva es aplicable a empresas públicas y privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, quedando excluidas la reorganización administrativa y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. La aplicación a las Administraciones Públicas ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia comunitaria en varias sentencias como por ejemplo en la STJUE de 20 de enero de 2011, RJ:TJCE 2011\4, en el asunto C- 463/09 donde un ayuntamiento que había externalizado la limpieza decide recuperar el servicio y plantea una cuestión prejudicial acerca de si el art. 1 de la Directiva era aplicable a la Administración. El TJUE confirma que sí afirmando que *“el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23”*⁷⁸.

La finalidad que persigue la norma es, tal como se recoge en el considerando número 3 y en la jurisprudencia del TJUE⁷⁹, la protección de los trabajadores y el mantenimiento de sus derechos⁸⁰.

Ello ha servido para que, algunos autores⁸¹, teniendo en cuenta precisamente la finalidad protectora de la Directiva, sostengan que no es posible equiparar, con carácter general, una sucesión de empresas en el ámbito privado (donde es lógico que

⁷⁷Art. 1 Directiva 2001/23/CE.

⁷⁸Caso CLECE, SA contra María Socorro Martín Valor Ayuntamiento de Cobisa. Sentencia de 20 enero 2011. TJCE 2011\4.

⁷⁹Caso CLECE, SA contra María Socorro Martín Valor Ayuntamiento de Cobisa. Sentencia de 20 enero 2011. TJCE 2011\4.

⁸⁰Considerando 3 de la Directiva 2001/23/CE.

⁸¹MENÉNDEZ SEBASTIÁN E.M. “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018, p. 3.

se busque proteger los derechos de los trabajadores ante un cambio del empresario con mantenimiento de la empresa, en el sentido del art. 44 ET), con la decisión de la Administración de modificar la forma de gestionar un servicio público.

La Directiva 2001/23/CE fue traspuesta al ordenamiento español mediante la modificación del art. 44 ET. Éste prevé que cuando se produzca una sucesión de empresas, el nuevo empresario quedará subrogado en las obligaciones laborales y de la Seguridad Social del anterior entendiendo que se produce la sucesión cuando *“la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”*⁸².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado dicho precepto en cuanto su aplicación al sector público. En líneas generales, se puede sintetizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la siguiente manera:

En primer lugar, se ha de partir de dos cuestiones fundamentales. La primera es que, con carácter general, la reversión de un servicio no implica necesariamente la transmisión y la subrogación⁸³. En este sentido la STS de 17 de noviembre de 2014, RJ 2014\6467, al resolver un recurso de casación interpuesto contra STSJ de Castilla-León con sede en Valladolid que resolvía sobre si la reversión del servicio público de Escuela Municipal de Música de Valladolid al Ayuntamiento, por abandono del concesionario, determina o no la existencia de sucesión de empresas y la correspondiente responsabilidad por subrogación en los contratos de los trabajadores, señala que *“Con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal”*⁸⁴. Por tanto, es necesario que se transmitan elementos patrimoniales o estructuras organizativas que permitan el desarrollo de la actividad productiva⁸⁵ para saber si se produce o no sucesión de empresas a efectos del art. 44

⁸²Art. 44 ET.

⁸³GORELLI HERNÁNDEZ J. “La reversión por la Administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, Nueva Época, núm. 21, 2019, p. 44.

⁸⁴STS de 17 de noviembre de 2014, RJ 2014\6467, FJ 2º.

⁸⁵GORELLI HERNÁNDEZ J. “La reversión por la Administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *op. cit.*, p. 45.

ET, no siendo, por lo tanto, posible generalizar sino que habrá que valorar las circunstancias y analizar cada caso concreto⁸⁶.

En este sentido, el TS en su sentencia de 19 de septiembre de 2017, RJ/2017/4447 al resolver si el Ministerio de Defensa debía hacerse cargo de una cocinera tras la recuperación del servicio, parte de que *“la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial»*, y en la más reciente STS de 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 9976) (Rcud. 3627/2011) conforme a la cual *no se produce sucesión empresarial cuando «no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla»*. Doctrina reiterada en STS de 16 de junio de 2016 (RJ 2016, 3331) (Rcud. 2390/2014). Pero, si la reversión de la contrata va acompañada de la transmisión de elementos patrimoniales *“entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada”*⁸⁷, nos encontraremos ante el supuesto del art. 44 ET.

El TC desestima el recurso porque razona que se trata de un servicio (cocina) en el que son *“absolutamente imprescindibles”*⁸⁸ instalaciones con equipamiento adecuado, *“teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata”*. Pero, señala claramente que cuando la recuperación del servicio vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para poder desarrollar la actividad, se producirá una sucesión de empresas y la consiguiente subrogación empresarial.

Así, nos encontramos con un conjunto de sentencias en donde el TS declara la inexistencia de sucesión de empresas por no haberse transmitido los elementos patrimoniales necesarios para el ejercicio de la actividad, sino que es la Administración la que recupera el servicio y lo presta con sus propios medios y personal⁸⁹.

Por el contrario, en otros casos si estima la existencia de sucesión de empresas por las razones contrarias, esto es, porque se ha producido una transmisión

⁸⁶ORTEGA BERNARDO J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR M. “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁷STS DE 19 de septiembre de 2017, RJ/2017/4447, FJ 4º.

⁸⁸STS DE 19 de septiembre de 2017, RJ/2017/4447, FJ 5º.

⁸⁹Por ejemplo, STS de 26 de septiembre de 2017, RJ; 2016/1197 ó STS de 21 de abril de 2015, RJ: 2015/2177.

de medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad⁹⁰. Por ejemplo, en STS 249/2019, de 26 de marzo, RJ: 2019/1740, donde se plantea un supuesto de recuperación del servicio de comedor de escuelas infantiles por el Ayuntamiento de Murcia que pasa a prestarlos en las mismas instalaciones, propiedad de la Administración. En ella reitera la doctrina de la Sala y como novedad, precisa que el hecho de que los medios e infraestructuras utilizados por la contratista fueran titularidad del Ayuntamiento no impide que pueda darse una sucesión empresarial, estimando el recurso al entender que se ha producido la transmisión de un “conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica”⁹¹. O, en STS 710/2018, de 4 de julio, RJ: 2018/3614, donde el tribunal estima la aplicación del art. 44 ET al entender que en el caso de los servicios de limpieza de Lora del Río si ha habido una transmisión de elementos patrimoniales que son inevitables para continuar con el ejercicio de la actividad.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha entendido que se produce sucesión empresarial en el sentido del art. 44 ET cuando no habiendo transmisión de elementos patrimoniales sí se produce lo que se ha denominado “sucesión de plantillas”. En el sentido contrario, por lo tanto, se puede afirmar que no se produce sucesión empresarial cuando la Administración decide recuperar el servicio y continuarlo con su propio personal.

En este sentido, cabe citar la STS de 26 de septiembre de 2017: RJ\2017\4273 donde el TS resuelve qué ocurre con los trabajadores de la contratista en un supuesto en el que ADIF recupera el servicio de información y atención al cliente de la estación de Atocha.

Para poder entender que nos encontramos ante una sucesión empresarial del art. 44 ET es necesario que se transmita una entidad tal que mantenga su identidad y permita continuar con la actividad que era objeto del servicio. En este caso, para saber si lo transmitido mantiene su identidad se remite a lo que señalaba el TJUE en su STJUE de 20 de enero de 2011 (TJCE 2011, 4), Asunto CLECE (C-463/09) que aborda una decisión prejudicial para un supuesto de un Ayuntamiento español que decide extinguir la contrata de limpieza y asumirla con sus propios medios contratando nuevo personal, “*han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan*

⁹⁰Por ejemplo, STS de 30 de mayo de 2011, RJ: 2011/5818 ó STS de 26 de enero de 2012, RJ: 2012/2462.

⁹¹STS 249/2019, de 26 de marzo, RJ: 2019/1740, FJ 5º.

transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”.

Sin embargo, precisa, no puede ser apreciados aisladamente y se ha de tener en cuenta el global de lo transmitido especialmente, si nos encontramos ante servicios cuya identidad se basa en la mano de obra, como es el que era objeto de debate.

Teniendo esto en cuenta, el TS entiende que en el supuesto enjuiciado no se ha producido una sucesión de empresas del art. 44 ET por cuanto se trata de servicios cuya identidad se encuentra en la mano de obra (información, atención al cliente y servicios auxiliares) y porque ADIF decide pasar a prestarlo con su propio personal, no habiendo recurrido a ningún anterior trabajador de la contrata para ello.

Similar es la STS de 9 de diciembre de 2016 RJ\2017\206 donde el Supremo resuelve un asunto en el que la Comunidad de Castilla-La Mancha, que gestiona un instituto, recupera el servicio de monitores de comedor escolar asumiendo el servicio con personal de la propia Administración. En este caso tampoco hay subrogación empresarial porque no hay asunción la plantilla .

En tercer lugar, la jurisprudencia ha establecido la inaplicación de las cláusulas subrogatorias recogidas en convenio colectivo. En este sentido se puede citar la STS de 11 de julio de 2011, RJ/2011/5667, en la que se plantea, quién ha de responder por el despido improcedente de una trabajadora en un supuesto de reversión del contrato de servicio de limpieza del Ayuntamiento de Yunquera de Henares.

Alegando el tribunal que, si bien los servicios de limpieza viaria son competencia de los Ayuntamientos en base a la LRBRL, ello no supone que les sea de aplicación el Convenio Colectivo estatal del sector de la limpieza, el cual contiene una cláusula de subrogación empresarial. Los motivos por los que el tribunal estima y casa la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha (que había apreciado la existencia de subrogación empresarial) respecto a la posible aplicación del convenio colectivo es porque sostiene que no puede ser de aplicación al Ayuntamiento de Yunquera de Henares por dos motivos; el primero, porque la Administración no ha participado en la negociación, no es parte del acuerdo y; en segundo lugar, porque el Ayuntamiento no entra dentro de su ámbito de aplicación.

El TS llega a la misma conclusión en otros supuestos en los que se ha planteado una posible subrogación tras recuperar la gestión del servicio la Administración. Por ejemplo, en STS de 26 julio de 2012, RJ/2012/9976, en relación a la posible aplicación de la cláusula subrogatoria contenida en el Convenio Colectivo estatal de Limpieza viaria, Recogida y Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado, resolviendo el tribunal que no le es de aplicación al Ayuntamiento de la Roda por lo motivos ya expuestos.

También en el ámbito estatal el TS establece la no aplicación de las cláusulas subrogatorias contenidas en convenios colectivos. Por ejemplo, en STS 19 mayo 2015/2886, RJ 2015\2886, sobre la posible aplicación del convenio IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de Hostelería al Instituto de Turismo de España en relación a trabajadores del Palacio de Congresos de Madrid (FJ 4º) ó STS 21 abril 2015, RJ 2015/2177, que resuelve el supuesto de reversión de la cafetería de la Intervención General del Estado desestimando el recurso por el que se pretende la subrogación empresarial y reincorporación de diez trabajadores por aplicación de una cláusula subrogatoria del Convenio Colectivo de restauración para la CAM.

En cuarto lugar, tampoco cabe que la Administración esté obligada a subrogarse porque se hubiera pactado en los pliegos del contrato. Así, se recoge en el art. 130 LCSP cuando dispone que la Administración sólo estará obligada a la subrogación del personal cuando así lo establezca una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

En este sentido, en la STS 1350/2016 de 8 junio, RJ 2016\3491, en la que se plantea la legalidad de una cláusula contenida en el pliego que imponía al adjudicatario del contrato de transporte terrestre objeto de licitación, la subrogación en los contratos de trabajo de la plantilla existente, el TS la anula alegando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos de aplicación. De este modo, confirma lo que ya había sostenido en un caso prácticamente igual en la STS de 16 marzo 2015, RJ 2015\2098, *"la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva, sin que se derive una conclusión distinta del Reglamento (CE) nº 1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP"*⁹².

⁹²STS de 16 marzo 2015, RJ 2015\2098, FJ 5º.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, queda claro que, al igual que ocurre con la sucesión de empresas, la aplicación o no del art. 44 ET a las AAPP precisa de un análisis exhaustivo y completo de las circunstancias que concurren en cada caso⁹³.

Por último, el principal problema que plantea la subrogación empresarial en el ámbito de las AAPP es su colisión con los principios de acceso a la función pública; igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE y art. 55 EBEP)⁹⁴.

Teniendo en cuenta que el art. 44 ET prevé que cuando se produzca una sucesión de empresas el nuevo empresario vendrá obligado a subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de la Seguridad Social del anterior, si nos encontramos ante un supuesto de “remunicipalización” donde, como ya se ha visto, la jurisprudencia puede llegar a entender que si hay “sucesión de empresas” a efectos de la aplicación del art. 44 ET, hemos de plantearnos qué ocurriría con el personal de la contratista.

La doctrina laboral propuso como posible solución que estos trabajadores se integraran en la Administración como indefinidos no fijos⁹⁵, aplicando la jurisprudencia del TS sobre contratación temporal irregular en las AAPP ó, incluso, su inclusión en un denominado “cuarto género”, en aras de lograr compatibilizar los principios de acceso a la función pública y el de estabilidad en el empleo, inspirador del art. 44 ET⁹⁶.

No obstante, ante la aparición de una nueva vía de generación de trabajadores indefinidos no fijos, el legislador trató de limitar esta posibilidad mediante el art. 308.2 LCSP y la D.A. 26ª y la inclusión de la Disposición Adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, así como la D.A. 34ª PGE.

La D.A. 26ª LPG 2017, que llevaba por título “Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público”, preveía que las AAPP del art. 2 TREBEP no podían considerar como empleados públicos del art. 8 TREBEP a aquellos trabajadores que prestaban sus servicios para la empresa contratista cuando los contratos se extinguieran por su cumplimiento, resolución (incluido el rescate),

⁹³ORTEGA BERNARDO J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR M. “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, Revista de Información Laboral, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁴GORELLI HERNÁNDEZ J. “La reversión por la Administración de las contratistas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁵LÓPEZ BALAGUER M. “Reversión de contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, p. 6.

⁹⁶MARTÍNEZ SALDAÑA D. y ARRIBAS ARRANZ R. “Reversión e internalización de contratistas en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2019, p. 9.

secuestro o intervención del servicio. Además, se precisaba que se les aplicaría lo previsto sobre sucesión de empresas en la normativa laboral.

Así, la LPGE 2017 partía de que los trabajadores de la contratista no podían incorporarse como empleado público en una AAPP⁹⁷.

Por su parte, la D.A. 34ª LPGE 2017 preveía que los órganos de personal que generaran trabajadores indefinidos no fijos por la vía de la sucesión de empresas incurrirían en responsabilidades, salvo, una vez más, se derivara de resolución judicial. Así, mediante esta disposición se exigía la correcta contratación del personal laboral mediante procedimientos que respetase, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que puede ser entendido como la imposibilidad de acceder a las AAPP por quién no haya superado el procedimiento correspondiente⁹⁸.

La LPG 2018 recoge las mismas limitaciones pero suprime la especificación contenida en la anterior ley que decía que a los trabajadores contratados para prestar un servicio que fuera recuperado por la Administración, se les aplicaban las previsiones contenidas en la legislación laboral sobre sucesión de empresas eliminándose así la aparente contradicción que existía⁹⁹.

Las disposiciones de la PGE 2017 fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad, siendo anuladas (Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia 122/2018 de 31 octubre, RTC: 2018\122) por motivos formales, es decir, por tener un contenido ajeno al de las leyes de presupuestos "*excediéndose del núcleo mínimo, necesario e indisponible de la Ley de Presupuestos*" y no pudiendo ser tampoco consideradas como contenido adicional¹⁰⁰.

⁹⁷Se ha de tener en cuenta que, si se tratara de una sociedad mercantil con capital íntegramente público, es decir, si se pasara de una gestión indirecta del servicio a una directa y se optara por la sociedad mercantil pública, los trabajadores de la contratista se incorporarían a la sociedad tras la superación del correspondiente procedimiento que garantizara los principios de igualdad, mérito y capacidad ó, en virtud de una sentencia judicial (apartado 2 Disposición adicional vigésima sexta). Esta previsión tiene sentido porque las limitaciones del D.A. 26ª LPGE 2017 se aplican a las Administraciones Públicas del art. 2 TREBEP y las sociedades mercantiles de capital íntegramente público no tienen esta consideración, estando excluidas de la aplicación del TREBEP por lo que el acceso a las mismas no se somete a los procedimientos previstos para las AAPP. Véase en este sentido: MENÉNDEZ SEBASTIÁN E.M. "Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos", *Revista española de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁸MENÉNDEZ SEBASTIÁN E.M. "Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos", *Revista española de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁹Mientras que la D.A. 26ª preveía que a los trabajadores a los que se refiere el apartado 1 de esa disposición se les aplicaría lo previsto sobre sucesión de empresas en la normativa laboral, en la misma D.A. 26ª decía que

¹⁰⁰Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia 122/2018 de 31 octubre, RTC: 2018\122, FJ 4º.

Como consecuencia de la sentencia del TC, los trabajadores subrogados volverán a poder ser considerados como indefinidos no fijos al eliminarse la previsión contenida en el D.A. 26ª PGE 2017 que obligaba a categorizarlos como si fueran personal a extinguir; abriéndose, para algunos autores, “*una ventana de oportunidad que permitiría integrar a los empleados de los contratistas como indefinidos no fijos en los supuestos de sucesión de empresas*”¹⁰¹.

¹⁰¹MARTÍNEZ SALDAÑA D. y ARRIBAS ARRANZ R. “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre?”, *op. cit.*, p. 7.

5. CONCLUSIONES.

El papel de la Administración es un estado como el español abarca infinidad de materias y funciones. Potestades de organización, sancionadoras, de policía, expropiatorias...pero, sin lugar a dudas, la prestación de los servicios públicos constituye una de sus funciones más importantes.

Tal importancia radica en que los destinatarios de esas prestaciones somos los ciudadanos españoles. Atendiendo al reparto competencial recogido en nuestra Constitución, la tradicional relación entre la Administración y el administrado se caracteriza, en el ámbito local, por su cercanía e intensidad. De este modo, los entes locales han de garantizar que los servicios se prestan en unas condiciones de calidad, sin importar si el servicio es prestado directamente por la Administración o por un sujeto de derecho privado.

Desde los años 90, ha habido una tendencia creciente a optar por la gestión indirecta de los servicios públicos, ocurriendo que en muchos municipios, servicios como la recogida de basuras, la limpieza viaria o el cuidado de parques es realizado por contratistas de la Administración.

Si bien esta posibilidad no es nueva, la reciente reforma de las dos normas a través de las que, principalmente, se articulaba la gestión indirecta de los servicios públicos ha supuesto una importante modificación y la exigencia del cumplimiento de nuevos requisitos.

En mi opinión, este cambio se debe a dos razones: la influencia del derecho europeo y el sometimiento a los principios de eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos.

La nueva ley de contratos del sector público responde a la necesidad de trasponer al ordenamiento jurídico español las directivas europeas en materia de contratación. La LCSP, que modifica el régimen hasta entonces existente, introduce novedades respecto al procedimiento de contratación y régimen jurídico de los contratos; siendo, una de las más importantes la supresión del contrato de gestión servicios públicos. De este modo, la figura contractual que tradicionalmente era utilizada para la gestión indirecta de los servicios desaparece, viéndose obligados los Ayuntamientos, a partir de la entrada en vigor de la ley, a recurrir al contrato de concesión o al contrato de servicios. El principal problema que plantea la nueva regulación de la contratación administrativa es que para optar por uno u otro tipo contractual no se seguirán criterios delimitadores como el objeto contractual, su duración u otros, sino que a habrá de atenderse a sí hay o no transferencia del riesgo

operacional. Así, en caso de duda sobre el tipo de contrato ante el que nos encontramos, habrá que analizar exhaustivamente los pliegos para ver si en ellos el contratista asume efectivamente el riesgo operacional o no.

La segunda novedad en la regulación de la contratación de los entes locales se encuentra en la reforma de la LRBRL. La modificación de la ley, operada por la LRSAL, incide en dos aspectos importantes en relación a los servicios públicos. En primer lugar, al establecer un nuevo régimen competencial. No obstante, aunque en un principio parecía que, como habían criticado muchos autores, con la nueva regulación, las competencias de los Ayuntamientos quedaban muy reducidas, viéndose afectado el derecho constitucional a la autonomía local, las numerosas sentencias dictadas por el TC en esta materia modulan la reforma. Si bien es cierto que la reforma suprime algunas competencias y modifica otras, la anulación de varios preceptos y la interpretación de otros por el TC, hace que se salve la constitucionalidad de la LRSAL y la LRBRL sea reformada pero no se vea vulnerada la autonomía local.

En segundo lugar, la actuación de los entes locales se supedita, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, regla del gasto y cumplimiento del déficit, recogidos en la propia Constitución. De este modo, la facultad de los Ayuntamientos españoles para optar por un modo u otro de gestión, requerirá de una previa evaluación y justificación de la eficacia y eficiencia del tipo gestión. Mediante estas nuevas exigencias parece claro que el legislador busca reducir el gasto público y opta para ello por exigirles a las entidades locales el cumplimiento de unos requisitos más estrictos.

Si bien cada vez son más los servicios públicos que los ayuntamientos han decidido gestionar de forma indirecta, en los últimos años, se ha producido una tendencia llamativa, en mi opinión, la recuperación de la gestión directa del servicio.

Esta posibilidad, que ya se había producido en otros ámbitos como por ejemplo, en el rescate de las concesiones de las autopistas, surge ahora en el ámbito local, bajo el nombre de “*remunicipalización*”.

El principal problema que plantea es qué ocurre con los trabajadores de la contratista. Si atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se produce una sucesión de empresas, los tribunales han venido aplicando la subrogación empresarial. La doctrina administrativa ha criticado, y yo comparto esta crítica, si la aplicación del régimen previsto para la protección de los trabajadores cuando hay una sucesión de empresas, no contraviene los principios constitucionales de acceso a la

función pública; igualdad, mérito y capacidad. En mi opinión, lo hace y prueba de ello es que el legislador, pese a hacerlo de forma incorrecta en las leyes de presupuestos, ha intentado restringir la posibilidad de que surja una nueva forma de creación de trabajadores indefinidos no fijos.

Este es sólo uno de los problemas que se plantea en relación con la gestión de los servicios públicos y sobre los que tanto la doctrina como los tribunales se han pronunciado. Junto a él, podemos encontrar la discusión sobre el concepto de servicio público, la prohibición de gestionar servicios que impliquen el ejercicio de autoridad por parte de sujetos de derecho privado o la posibilidad de que los servicios sean prestados por empresas de capital íntegramente público, poniéndose de manifiesto que la gestión de los servicios ha sido y, previsiblemente, será objeto de debate. Por ello, el principal objetivo de la Administración ha de ser que, con independencia de la forma de gestión, se consiga garantizar la calidad del servicio y el uso eficiente y eficaz de los recursos públicos.

6. BIBLIOGRAFÍA.

Monografías y capítulos de libro

- GAMERO CASADO E. y GALLEGRO CÓRCOLES I. “Tratado de contratos del sector público. Tomo III”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018.
- GARCÍA RUBIO, F. (Director) “Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales”, Innap Investiga, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.
- MORI A. “Outsourcing public services: local government in Italy, England and Denmark” en Drahokoupil J. (editor) *The outsourcing challenge: organizing workers across fragmented production networks*, Brussels, ETUI, 2015.
- PALOMAR OLMEDA A. y GARCÉS SANAGUSTÍN M. (Direct.) “Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público”, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ MORÓN M., “Derecho Administrativo. Parte general”, Tecnos, Madrid, 2014, p.780.

Artículos de revista

- ALONSO MAS, M.J. “El nuevo régimen de las competencias municipales”, *Monografías Reforma Régimen Local, Editorial Aranzadi*, enero 2014.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. “La Ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?”, *Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas*, núm. 184, 2017.
- CAMPOS ACUÑA, M. C. “Régimen local. Anulación parcial del régimen competencial de la reforma local. Tres conclusiones y una reflexión”, *La Administración Pública, Editorial Aranzadi*, núm. 6, 2016.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 151, 2011..
- CARLÓN RUIZ M., “La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el derecho europeo en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016.

- ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, 202, 305-336.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Nueva Época*, núm. 4, 2017.
- GARCÍA ARANDA, S. “La autonomía local en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016.
- GIMENO FELIU, J.M. “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, febrero 2017.
- GORELLI HERNÁNDEZ J. “La reversión por la Administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Nueva Época*, núm. 21, 2019.
- HUERGO LORA, A. “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Nueva Época*, núm. 4, 2017.
- KISHIMOTO S. Y PETITJEAN O. “REMUNICIPALIZACIÓN. Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos”, *Transnational Institute*, 2017.
- LEÓN ACOSTA, M. “El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LLRLL”, *REALA Nueva Época*, nº 12, 2019.
- LÓPEZ BALAGUER M. “Reversión de contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “Los debates sobre los servicios públicos locales: Estado de la cuestión”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº57, 2018.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, *INAP*, 2018.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J. M., “Los diferentes tipos de contratos para prestar servicios públicos tras la LCSP y el difícil equilibrio entre los riesgos y la

atracción de inversiones privadas”, *Gabilex: revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº Ext.2, 2019.

- MARTÍNEZ SALDAÑA D. y ARRIBAS ARRANZ R. “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2019.
- MEILÁN GIL J.L., “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario de Facultad de Derecho da Universidad de da Coruña*, nº 9, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN E.M. “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018.
- ORTEGA BERNARDO J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR M. “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015, p. 63-96.
- PONCE SOLÉ, J. “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena Administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, febrero 2016.
- SERRANO PASCUAL, A. “El sistema de fuentes de las entidades locales (I)”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, junio 2003, p. 7-41.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. “Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, 2014.
- TORNOS MAS J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 58-59, 2016.
- TORNOS-MAS J., “Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados”, *REALA Nueva Época*, nº 7, 2017.

- XIOL RÍOS, J.A. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al régimen local”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 36, 2014, p. 216-227.

Fuentes normativas

- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011 (asunto CLECE, SA contra María Socorro Martín Valor Ayuntamiento de Cobisa), TJCE 2011\4.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2011 (asunto Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contra Zweckverband für Rettungsdienst und Feue), TJCE 2011\52.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011 (asunto Norma-A SIADekom SIA contra Latgales planosanas regions), TJCE 2011\347.

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 41/2016 de 3 de marzo, RTC 2016\41.

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 111/2016 de 9 de junio, RTC 2016\111.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 168/2016 de 6 de octubre, RTC 2016\168.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 180/2016 de 20 de octubre, RTC 2016\180.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 44/2017 de 27 de abril, RTC 2017\44.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 45/2017 de 27 de abril, RTC 2017\45.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 54/2017 de 11 de mayo, RTC 2017\54.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 93/2017 de 6 de julio, RTC 2017\93.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 101/2017 de 20 de julio, RTC 2017\101.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 107/2017 de 21 de septiembre, RTC 2017\107.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 143/2013, de 11 de julio, RTC 2013\143.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 122/2018 de 31 octubre, RTC 2018\122.

Tribunal Supremo

- Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008, recurso de casación 2076/2006, RJ 2008\8113
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 17 de noviembre, RJ 2014\6467.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) 685\2017 de 19 de setiembre, RJ 2017\4447.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2017, RJ; 2016\1197
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 de abril de 2015, RJ 2015\2177.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 de mayo de 2011, RJ 2011\5818.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 26 de enero de 2012, RJ 2012\2462.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 16 marzo 2015, RJ 2015\2098.
- Sentencia del Tribunal Supremo 249/2019 (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 26 de marzo, RJ 2019\1740.

Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 10 de junio, RJ: 489\2015
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de marzo de 2014, RJ: 2014\640

Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valladolid de 14 de noviembre de 2017, RJ: 2018\42971.

Otras fuentes consultadas

- http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanza-publica/calidad/informes/percepcion/Informe_sobre_la_Percepcion_Ciudadana_de_los_Servicios_Publicos_2017.pdf.pdf
- <https://serviciostelematicosext.hacienda.gob.es/sgcief/Cesel/Consulta/mapa/ConsultaMapa.aspx>